



Warszawa, dnia 13.05.2021 r.

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/24/21/DKZP

**Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**

**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

<b>Zamawiający:</b>	Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	dostawy (umowa ramowa)
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	22.04.2020 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2020/S 079-186055
<b>Wartość zamówienia:</b>	89 485 768,10 zł (tj. 20 960 290,47 euro), w tym wartość: Część I: 54 349 768,10 zł (tj. 12 730 369,87 euro) Część II: 13 393 000,00 zł (tj. 3 137 048,23 euro) Część III: 21 743 000,00 zł (tj. 5 092 872,37 euro)
<b>Środki UE:</b>	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata

2014-2020

Rodzaj procedury:

zamówienie klasyczne

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

1. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), zwaną dalej ustawą „Znk”, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentu pn.: „Wykaz osób”, złożonego przez wykonawcę X;

2. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez dwukrotne wezwanie konsorcjum firm: X i Y do uzupełniania dokumentu określonego w § 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) oraz poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

### **UZASADNIENIE**

#### **1. Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy Znk.**

Z analizy dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż wykonawca X w odpowiedzi na wezwanie, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przekazał Zamawiającemu m.in. Formularz numer DP.2, tj. wykaz osób, który w ocenie Zamawiającego został skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. W treści ww. dokumentu wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami wskazał: imiona i nazwiska tych osób, dokument potwierdzający ich kwalifikacje (Certyfikat treningowy wydany przez producenta konkretnego urzędu) oraz podstawę dysponowania osobami (umowa o pracę).

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawca wskazał, m.in. iż:

*„(...) Odnosząc się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu personelu wykonawcy, należy zauważyć, że z uwagi na charakter działalności X raz charakter zamówienia, istotną wartość gospodarczą stanowią osoby zaangażowane przez wykonawcę, a niezbędne do realizacji zamówienia.*

*Profil spółki X obejmuje dostarczanie m.in. inteligentnych systemów transportowych, w tym instalację i serwisowanie urządzeń rejestrujących. Ze względu na to, wiedza fachowa osób realizujących przedmiot zamówienia, potwierdzona posiadaniem doświadczeniem, kwalifikacjami oraz certyfikatami, stanowi niewątpliwie istotną wartość gospodarczą. Szczególnie pragniemy podkreślić fakt, że oceniane w ramach warunku udziału doświadczenie personelu jest powiązane z realizacją ww. rodzaju zamówień. Dla podmiotów świadczących usługi tego typu o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. X stale podejmuje wysiłki organizacyjne, aby nawiązywać relację z osobami posiadającymi wysokie kwalifikacje i relacje te utrzymywać, co zapewnia maksymalną niezmiennosć kadry i wzrost kompetencji wykonawcy. Dlatego też informacje na temat kluczowych specjalistów mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem na konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Zachowanie tych informacji w poufności ma na celu uchronienie wartości jaką wypracował X tj. przede wszystkim dysponowanie kompetentną kadrą o niskim stopniu fluktuacji. Kadra ta z kolei jest głównym nośnikiem wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Powszechną praktyką w realiach gospodarki rynkowej jest stosowanie tzw. „head-hunting’u”. Gdyby informacja o osobach, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, została przechwycona przez konkurencję, to moglibyśmy mieć do czynienia z podejmowaniem prób przejęcia tych osób przez konkurencyjne firmy. Zebranie zespołu osób niezbędnych do wykonania zamówienia, a posiadających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie i kwalifikacje nie jest zadaniem prostym, zwłaszcza z uwagi na trudne do spełnienia warunki udziału w postępowaniu opisane w SIWZ niniejszego przetargu. Tym samym informacje zawarte w załączniku uznać trzeba za informacje posiadające wartość gospodarczą. Ponadto informacje zawarte w wykazie osób mają charakter organizacyjny – wskazują, którymi konkretnie osobami Wykonawca będzie posługiwać się przy wykonywaniu zamówienia, są to zatem niewątpliwie informacje organizacyjne przedsiębiorstwa. Wiedza dotycząca doboru personelu realizującego zamówienie, jak i posiadanie dostępu do zasobów kadrowych niezbędnych do realizacji zamówienia posiada niewątpliwie wartość gospodarczą przejawiającą się chociażby tym, że bez tych informacji składanie ofert na rynku tożsamych zamówień nie jest możliwe. Zatem bez tej wiedzy X nie mógłby działać na rynku tożsamych usług. Z kolei ujawnienie zastrzeżonych informacji konkurencji może doprowadzić do prób podkupienia personelu. W przypadku skutecznych działań konkurencji, X poniesie podwójną szkodę – po pierwsze zostaną uszczuplone zasoby kadrowe X a tym samym jego zdolność realizacyjna i możliwość składania ofert; po drugie zwiększy się siła rynkowa konkurentów.*

*Wartość przedmiotowych informacji przejawia się przynajmniej na dwu płaszczyznach. Po pierwsze wartość mają same dane osobowe personelu. Ewentualne dysponowanie tymi danymi przez*

konkurencję ułatwiłoby dotarcie do tych osób i podjęcie prób ich przejęcia. Po drugie należy zwrócić uwagę, że w załączniku zawarte są także szczegółowe informacje o realizowanych przez wskazane osoby projektach. Posiadanie tych informacji przez konkurencję umożliwia predykcję, co do ewentualnego udziału X w przyszłych postępowaniach przetargowych dotyczących podobnego przedmiotu zamówienia. To z kolei pozwala na efektywne zarządzanie cenami ofert (przewidując brak udziału X w postępowaniu konkurencji obniżając ceny i odwrotnie). W efekcie znajomość informacji zawartych w załączniku ułatwia efektywną politykę cenową i przez to wzmacnia pozycję rynkową konkurencji. (...) Oświadczamy również, że wobec informacji zawartych w ww. zastrzeżonych dokumentach podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności. Zastrzeżone informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych i zarazem nieuprawnionych starań z ich strony. Podjęte zostały bowiem odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m.in. dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny Wykonawcy, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem.

Wykonawca podnosi, że podejmując działania zmierzające do zachowania poufności ww. dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnił wskazane poniżej środki techniczne, organizacyjne oraz rozwiązania systemowe polegające na:

- a. wdrożeniu zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, dzięki któremu osoby współpracujące uzyskują dostęp wyłącznie do tych informacji, które są im niezbędne do wykonywania obowiązków,
- b. organizacji pracy zespołów projektowych/przetargowych w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach,
- c. zawieraniu z pracownikami, w szczególności mającymi dostęp do informacji technicznych i technologicznych, handlowych, umów o zakazie konkurencji oraz umów o zachowaniu poufności,
- d. zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów i rozwiązań w pismach branżowych bądź ograniczaniu ich treści do informacji, których publikacja nie naraża Wykonawcy na szkodę,
- e. zastrzeganiu informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegających ujawnieniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca składa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty.”.

Pismem z dnia 28.04.2021 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego, zastrzeżonego

przez wykonawcę X - jako tajemnica przedsiębiorstwa - wykazu osób (Formularz numer DP.2), przekazanego Zamawiającemu w dniu 31.07.2020 r. w odpowiedzi na wezwanie, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 30.04.2021 r. Zamawiający wyjaśnił, m.in. że:

*„Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca X, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia, 20 lipca 2020 r., łącznie z wykazem osób (Formularz DP.2) przekazał szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie formularza DP.2 została także wskazana wraz z ofertą złożoną przez Wykonawcę.*

*Przedstawione wraz z wyjaśnieniami w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest szczegółowe, rzeczowe i konkretne oraz w sposób klarowny określa przedmiot, który został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

*(...) Wykonawca na potwierdzenie powyżej określonych czynności załączył dowody tj. certyfikat spełniania wymagania normy ISO/IEC 27001:2017, Certyfikat zgodności Wewnętrznego Systemu Kontroli z wymaganiami normy PN-EN ISO 9001:2015 w zakresie obrotu towarami o znaczeniu strategicznym, Certyfikaty spełnienia wymagań AQAO 2210:2015 oraz AQAO 2210:2016, Certyfikat spełnienia wymagań normy ISO 9001:2015, Kopie oświadczeń o zachowaniu poufności złożonych przez pracowników mających dostęp do dokumentów ofertowych Wykonawcy. Ponadto Zamawiający miał na uwadze pozostałe okoliczności szczegółowo określone w ww. uzasadnieniu.*

*Wobec powyższego Zamawiający uznał, że zastrzeżony wykaz osób stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz że Wykonawca dopełnił swoich obowiązków w zakresie prawidłowego zastrzeżenia danych, a tym samym że nie mogą być one udostępniane.*

*W szczególności zdaniem Zamawiającego Wykonawca X:*

- 1) Wskazał w sposób wyczerpujący, jakie informacje zawarte w treści wyjaśnień oraz dlaczego Wykonawca traktuje jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa;*
- 2) Wykazał jakie środki techniczne oraz organizacyjne zostały podjęte w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;*
- 3) Wykazał, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte w treści wyjaśnień nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości;*
- 4) Wykazał oraz udowodnił w jaki sposób chronione są kluczowe informacje będące w posiadaniu pracowników realizujących zadania związane z zastrzeżonymi informacjami.*

*Zdaniem Zamawiającego treść oświadczeń i wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie budzi wątpliwości w zakresie tego, że Wykonawca w sposób skuteczny powołał się na okoliczności stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.”*

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że zasada jawności postępowania wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożonego przez wykonawcę X prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim materiałów potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem. Wykonawca wywiódł, iż informacje o kwalifikacjach, doświadczeniu

i potencjale kadrowym osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji mają znaczenie gospodarcze. Argumentował, iż ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia sprawią, że zostaną uszczuplone zasoby kadrowe X a tym samym jego zdolność realizacyjna i możliwość składania ofert oraz zwiększy się siła rynkowa konkurentów.

W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca X w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, iż zastrzeżone informacje mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że w wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji, tj. imię i nazwisko, dokument potwierdzający kwalifikacje oraz podstawę dysponowania. W szczególności w analizowanej sprawie istotnym było, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe czy posiadane kompetencje kandydata, ale jedynie wskazać dokument/certyfikat wydany przez producenta oferowanych urządzeń rejestrujących poświadczający dane uprawnienia. Jednocześnie należy podkreślić, że producenta oraz nazwę urządzeń wykonawcy wskazywali w formularzu oferty. Argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji okazała się bardzo ogólna. Jak wynikało z powyższego, wykonawca powoływał się jedynie ogólnie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach. Nie wskazano natomiast, czy i jak, jeżeli tak to kiedy, wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też Zamawiającemu żadnego dowodu. Nie zostało również wykazane, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile osób o wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacjach jest dostępnych na rynku. Ponadto w okolicznościach niniejszej sprawy istotne jest, to, iż wykonawca skupił się np. na objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa certyfikatów ISO potwierdzających spełnianie określonych norm, które nie odnoszą się do ewentualnych starań podjętych w celu zachowania poufnego charakteru zastrzeżonych informacji – w tym przypadku imion i nazwisk członków personelu. Odnosząc się natomiast wprost do argumentu wykonawcy w zakresie obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia należy wskazać, iż w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników, poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Z kolei kwestię wskazanej w wykazie osób podstawy dysponowania personelem, wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18.01.2018 r., sygn. akt KIO 55/18, w którym wskazała, m.in. że „(...) Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione przez Przystępującego na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m. in. organy kontrolne, na

*których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu Przystępujący z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie w pełni skutecznie zachować zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być one ujawnione do wiadomości publicznej."*

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie odtajniąc dokumentu pn.: „Wykaz osób”, złożonego przez wykonawcę X, dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZnK.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

## 2. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż, wykonawca konsorcjum firm: X i Y - zwane dalej: konsorcjum X, złożył ofertę w Części III zamówienia. Z uwagi na to, że Zamawiający przewidział, iż zawrze umowę ramową z maksymalnie 5 wykonawcami w Części III, oferta konsorcjum X została zakwalifikowana do grona ofert najwyżej ocenionych.

Zamawiający pismem z dnia 20.07.2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do konsorcjum X z prośbą o złożenie dokumentów (określonych § 5 pkt 1-6, 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako „rozporządzenie”) potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Konsorcjum uzupełniło dokumenty w wymaganym terminie. Wykonawca przedłożył m.in. wystawione w postaci dokumentu elektronicznego zaświadczenie z urzędu skarbowego dla konsorcjanta X, bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika urzędu.

Pismem z dnia 24.08.2020 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp konsorcjum X, do uzupełnienia m.in. dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia, w odniesieniu do konsorcjanta X Zamawiający wskazał w powyższym wezwaniu, że zaświadczenie złożone przez X nie zostało poświadczane za zgodność z oryginałem. Jednocześnie Zamawiający pouczył wykonawcę, iż: *„Dokumenty, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zgodnie z § 14), składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.*



*Sporządzenie i przekazanie elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia może nastąpić, jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.”.*

Wykonawca uzupełnił dokument w wymaganym terminie. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca na ww. wezwanie Zamawiającego przedłożył zaświadczenie z urzędu skarbowego poświadczony własnym podpisem elektronicznym pomimo, że dokument został wystawiony i podpisany elektronicznie przez pracownika urzędu skarbowego.

W związku z powyższym pismem z dnia 10.11.2020 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ponownie wezwał konsorcjum X do uzupełnienia dokumentu (cyt. „wodpowiedniej formie”), o którym mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia dla konsorcjanta X Wykonawca uzupełnił dokument w wymaganym terminie.

Pismem z dnia 28.04.2021 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający dwukrotnie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, konsorcjum firm: X i Y, o ten sam dokument, tj. o zaświadczenie, o którym mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia, wystawione dla X.

Pismem z dnia 30.04.2021 r. Zamawiający wyjaśnił, m.in. że:

*„Zamawiający wyjaśnia, iż wezwanie skierowane w dniu 24 sierpnia 2021 r. do Konsorcjum firm X i Y w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dot. zaświadczenia, o którym mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia mogło spowodować wprowadzenie w błąd Wykonawcę, co do czynności jakiej oczekuje od niego Zamawiający.*

*Zamawiający w treści wezwania skierowanego do Wykonawcy w dniu 24 sierpnia 2020 r. nieprecyzyjnie i niejednoznacznie wskazał braki w przedłożonych przez X dokumentach. Dodatkowo w treści wezwania Zamawiający wskazał i uwypuklił poprzez podkreślenie tego zwrotu, iż dokumenty przedłożone przez X nie zostały poświadczony za zgodność z oryginałem, co w konsekwencji mogło sugerować Wykonawcy, iż opatrzenie dokumentu własnym podpisem będzie wystarczające oraz jest formą, którą Zamawiający zaakceptuje w toku badania ofert.”.*

Jednocześnie Zamawiający powołał się w powyższych wyjaśnieniach, m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2013 r. (Sygn. akt: KIO 1682/13) przytaczając fragment jego treści tj. „Odstępstwo od zasady jednorazowego wzywania do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie dopuszczane jest wyłącznie w sytuacji wadliwości pierwszego wezwania. Jeśli wezwanie było

*nieprecyzyjne, niezrozumiałe, niedające wykonawcy możliwości prawidłowego ustosunkowania się do niego, powinno zostać ponowione w sposób prawidłowy.”.*

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jak potwierdza liczne orzecznictwo oraz doktryna, wezwanie do uzupełnienia poszczególnego wadliwego dokumentu lub braku dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być zastosowane jednokrotnie. Norma zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem wyjątek od zasady, iż wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy złożyć wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym jako wyjątek od zasady regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinna być interpretowana ściśle. Dlatego też wskazuje się, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w tym dokumentów podmiotowych, powinno mieć charakter jednokrotny, również z tego powodu, aby nie doprowadzić do konsultacji zamawiającego z wykonawcami, co prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp konsorcjum X, do uzupełnienia zaświadczenia z urzędu skarbowego dwukrotnie, tj. pismem z dnia 24.08.2020 r. i następnie pismem z dnia 10.11.2020 r. Tym samym Zamawiający, poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy do uzupełniania dokumentu określonego w § 5 pkt 2 rozporządzenia, naruszył zasadę jednokrotności uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został

zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca na pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 24.08.2020 r. nie przedłożył zaświadczenia z urzędu skarbowego wystawionego dla X we właściwej formie. Ponadto nie można zgodzić się z tezą, że konsorcjum X nie miało możliwości prawidłowego ustosunkowania się do powyższego wezwania z dnia 24.08.2020 r., bowiem Zamawiający pouczył wykonawcę, że sporządzenie i przekazanie elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia może nastąpić, jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego. Tym samym, wskazane zostało jaka forma wymagana jest do złożenia dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej. W tym miejscu należy przytoczyć fragment dalszej treści powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2013 r. (Sygn. akt: KIO 1682/13), w którym Izba wskazała również, że: *„(...) obowiązek złożenia dokumentów, które potwierdzają określone okoliczności, spoczywa na wykonawcy i to on musi dołożyć należytej staranności, aby temu obowiązkowi zadośćuczynić, a przez to nie narazić się na negatywne konsekwencje czy to w postaci wykluczenia z postępowania, czy też odrzucenia ofert. Zaniechanie w tym zakresie obciąża wykonawcę, a nie zamawiającego.”*

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że w momencie nie przedłożenia przez konsorcjum X na wezwanie z dnia 24.08.2020 r. prawidłowo wystawionego dokumentu, Zamawiający zobligowany był do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, nie zaś do ponownego wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego dokumentu. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania.

**Zalecenie usunięcia naruszenia:**

W związku z tym, że oferta konsorcjum X została wybrana jako jedna z najkorzystniejszych ofert w Części III, złożona przez wykonawcę, z którym zawarta miała zostać umowa ramowa, Prezes Urzędu zaleca Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum X i wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.